Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

T23 Tavares, Juarez
Fundamentos de teoria do delito / Juarez Tavares. – 2.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020.
628 p.

ISBN: 978-65-9901-332-4

1. Construção da norma. 2. Fundamentos. I.Título.

CDU: 343.3/.7

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2909 - sala 44
Jardim Paulista, São Paulo - SP
CEP: 01401-002
www.tirant.com/br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

I. O OBJETIVO DA TEORIA DO DELITO

A teoria do delito tem como objetivo determinar as características jurídicas de uma conduta criminosa. A conduta criminosa está associada, como consequência, à imposição de uma medida privativa ou restritiva de liberdade ao seu autor, que pode ser uma pena ou uma medida de segurança. Muito se tem questionado acerca do sentido da teoria do delito. Para uma visão tradicional, bem representada por WELZEL,[1] sua tarefa consiste na determinação do conteúdo das normas proibitivas e mandamentais, com vistas a alcançar o máximo desenvolvimento de seus elementos e da compreensão de seu alcance. Para uma visão mais crítica, a teoria do delito só terá significado se estabelecer os critérios que possam servir para delimitar o poder punitivo do Estado, a partir da análise dos elementos das normas criminalizadoras em função da proteção ao sujeito.[2] Nesse passo, é preciso fazer uma distinção entre direito penal, no qual se desenvolve a teoria do delito, e sistema penal. O sistema penal integra o quadro do poder de intervenção do Estado no âmbito do legislativo, do executivo e do judiciário e é constituído pelas agências de intervenção: a polícia, o Ministério Público e os órgãos judiciais. Em caso de guerra, agregam-se às agências penais também as forças armadas.

Diante dessa distinção é que se tornam relevantes os enfoques sobre os objetivos da teoria do delito. Em qualquer dos enfoques, os quais correspondem a perspectivas diversas de política criminal, conforme sejam adotados, de um lado, os ditames da teoria finalista ou dos modernos funcionalistas, e, de outro, os postulados da teoria crítica, pode-se dizer

1. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, tradução de Juan Bustos Ramires e Sergio Yañez Perez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 11.
2. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 145 e ss; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires: Ediar, 2017, p. 30 e ss.

que a teoria do delito constitui uma forma de saber que se manifesta por meio de um processo de interpretação da lei, inicialmente, como ato de explicação e, depois, de decisão acerca dos elementos que podem constituir uma conduta criminosa. A teoria do delito não é, assim, uma reprodução do que se formula no sistema penal, principalmente a partir dos pronunciamentos das agências de intervenção. Ao revés, a teoria do delito busca estabelecer os parâmetros pelos quais o poder de intervenção seja delimitado, a fim de não violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, a teoria do delito não é construída pela jurisprudência, que está vinculada, geralmente, a casos concretos, mas sim por reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa. Com isso, a teoria do delito exerce a importante função de instrumento controlador da jurisdição, justamente no sentido de impedir que as decisões judiciais se estruturem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição. Sua função crítica persegue também o escopo de demonstrar aos destinatários da norma o significado preciso das condutas proibidas ou mandadas, para que esses não se sintam iludidos por uma prática judicial que, sob o pretexto de mutação ou atualização constitucional ou legal, lhes restrinja ou elimine direitos fundamentais.

Como a teoria do delito está vinculada a uma linguagem argumentativa (métodos de interpretação), seu enunciado não nasce de simples observação da realidade ou como produto da experiência, como acontece com as teorias das ciências naturais (física, química, biologia), que explicam os fenômenos a partir de sua ocorrência, nem deriva de puros procedimentos lógicos ou abstratos, como se dá nas ciências matemáticas. Ao contrário, a teoria do delito tem suas limitações impostas pela ordem jurídica, que, ao definir a conduta criminosa na lei penal, traça os elementos que a compõem. Como a ordem jurídica tem, nesse caso, o objetivo de regrar condutas humanas, não pode, por seu turno, prescindir de dados empíricos, daqueles elementos materiais que sedimentam a chamada conduta social. A conduta criminosa é uma conduta social. Importante é que a teoria do delito tem também um efeito prático: o de constituir elementos de orientação de conduta para as pessoas.

Uma conduta só pode ser caracterizada como criminosa, quando venha definida claramente na lei, com referência a tantos elementos empíricos quantos sejam necessários à sua compreensão, e quando contraria também a ordem jurídica em sua totalidade. Com as reformulações jurídicas de pós-guerra, evidenciou-se cada vez mais a vinculação da norma penal às exigências constitucionais orientadas no sentido da proteção da pessoa em um Estado Democrático de Direito. É com base nesse enfoque que deve ser construído todo arcabouço da teoria do delito.

No encontro entre norma penal e norma constitucional, a questão que mais ressalta diz respeito às formas de legitimação ou deslegitimação do poder de punir. A doutrina penal tradicional, ainda dominante e vigente, tem seu arcabouço vinculado à noção de Estado nacional, constituído sobre a base da representação parlamentar. A partir desse enfoque, é construída a estrutura clássica da teoria do delito, que se orienta pelos fundamentos de legitimidade da norma criminalizadora, desde que produzida em conformidade com o processo legislativo. A democracia moderna, entretanto, não se caracteriza apenas pela representação popular, mas sim principalmente pela participação de todos na elaboração da ordem jurídica, sob o pressuposto de que cada cidadão tenha a capacidade de decidir acerca dos caminhos de sua própria existência. A questão da legitimidade da norma criminalizadora não pode ficar adstrita a uma forma de estruturalismo jurídico, de modo a ser concebida sem qualquer relação com os dados da realidade empírica, apenas sob a atenção dos interesses do legislador. Embora os parlamentos tenham a finalidade de assegurar certa estabilidade social, mediante o enunciado de normas de conduta, destinadas a todos, indistintamente, como normas universais, isso não torna legítima desde logo sua produção.

Nesse ponto, devem ser traçados alguns parâmetros, que podem servir de elementos relevantes a discutir sua validade. Analisando precisamente a relação entre produção jurídica e realidade, demonstra HONNETH, com precisão, que uma ordem jurídica só pode ser considerada legítima quando construída sob o panorama de proteção da liberdade.[3] Será a liberdade o elo indissolúvel entre cidadãos e Estado no sentido da consecução de uma ordem jurídica democrática. Convém

3. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011, p. 9 e ss.

observar, contudo, que a liberdade individual, como fundamento da ordem democrática, não deve ser entendida como uma mera liberdade moral, capaz de se diluir em um individualismo liberal. A liberdade deve ser compreendida, aqui, como elemento inerente a uma ordem social igualitária, na qual a pessoa possa ter assegurada sua individualidade, mas integrada à liberdade dos demais. Na vigente formação social capitalista, a liberdade vem sendo tratada dentro de uma lógica de mercado, na qual tudo se resume a valores de troca. Como consequência disso, a própria pessoa passa a ser situada como mercadoria, inclusive quanto às suas manifestações culturais, o que provoca necessariamente sua desumanização. Para superar os parâmetros dessa lógica, deve-se exigir que sua proteção real seja efetuada mediante a preservação dos direitos subjetivos de cada um, com a perspectiva de que, como sujeito de direito, a pessoa possa solidificar uma base de solidariedade e reconhecimento.[4]

Atendendo a isso, uma teoria crítica do delito deve se ocupar, principalmente, das seguintes tarefas: a) verificar os pontos de intersecção entre norma penal e norma constitucional; b) elucidar os princípios constitucionais, tomados como elementos delimitadores do poder de punir; c) identificar o objeto da lesão jurídica, como pressuposto da incriminação; d) confrontar os elementos normativos com os dados da realidade empírica para impedir a formação de uma estrutura puramente normativa e deformada do delito; e) inserir como pressuposto de qualquer atuação jurídica um conceito de sujeito capaz de abarcar os vários contextos do mundo da vida nos quais ele possa se manifestar com liberdade; f) definir os fundamentos pelos quais possam ser excluídos da atuação punitiva os fatos penalmente irrelevantes; g) disciplinar as etapas da caracterização da conduta, de modo a poder confrontá-la em sua manifestação concreta com as comunicações expressas nas normas criminalizadoras; h) empreender o processo de interpretação da norma como elemento protetor da liberdade; i) proceder ao exame dos preceitos permissivos ou liberadores da conduta em contraste prevalente às proibições e comandos; j) subordinar o princípio da responsabilidade individual aos enunciados de subsidiariedade e de uma culpabilidade redutora de poder. Sob esses parâmetros, é que deverá ser proposta uma teoria do delito realmente democrática.

4. HONNETH, Axel. (Nota 3), p. 349.